

Théorie des fusions acquisitions.

Les grandes modalités d'acquisitions, financement et restructurations :

\*\* cession d'actifs

\*\* cession de contrôle

\*\* fusion, apport partiel d'actifs, scissions.

## **Thème 1 : La cession d'actifs.**

### **Partie 1 : La vente de fonds de commerce.**

La vente de fonds de commerce est soumise à au c.civ et aux **art L 141-1 s c.com** issu de la loi de 1909 et de la loi de 1935. C'est une vente qui fait intervenir des intermédiaires / agents d'affaires, avocats, notaires qui est une source de responsabilité.

**Cass 1<sup>ère</sup> Civ 28 juin 2007** : responsabilité du notaire pour un bail commercial qui a conduit à la résiliation du bail.

#### **I. La conclusion de la vente du fonds de commerce.**

##### **A. Consentement et pouvoir.**

Souvent ce consentement fait l'objet de pourparlers, d'avants contrats, de promesses de vente ou d'achat. Concernant la promesse synallagmatique de vente, des mentions prescrites pour la vente sont obligatoires, et si la promesse n'est qu'unilatérale, elle doit être constatée par un acte authentique.

Concernant le pouvoir, il convient de vérifier que le vendeur a bien le pouvoir de disposer (question de la disponibilité du bien). On peut en effet instaurer des droits de préemption conventionnels, notamment par un pacte de préférence, ou des droits antérieurs.

Il faut également faire attention aux droits de préemption légaux, comme la **loi en faveur des PME du 2 août 2005** codifiée aux **articles L 214-1 s du Code de l'urbanisme** qui instaurent un droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et les cessions de baux commerciaux. L'idée était d'instaurer la diversité commerciale des centres villes.

Concernant ce droit de préemption, un décret doit venir préciser sa mise en œuvre, or ce décret n'a toujours pas vu le jour.

La loi de décembre 2004 a repris cette idée mais toujours pas décret.

Le problème est alors de savoir si ce droit de préemption est déjà applicable malgré l'absence de décret d'application ? Certaines communes ont déjà appliquée le droit de préemption.

Le danger est alors, par précaution, de proposer la vente à la commune et que la commune accepte, même si ce droit n'est pas applicable. En effet, une offre et une acceptation forme la vente alors même que ce droit n'était pas applicable, et on ne pourra pas par la suite opposer de l'absence d'applicabilité de ce droit de préemption.

##### **B. L'objet de la vente.**

Pour qu'il y ait vente, il faut que les éléments essentiels du fonds de commerce soient transmis au cessionnaire (notamment la clientèle).

Quels sont les éléments qui attirent la clientèle ? Les éléments incorporels sont extrêmement important aujourd'hui, telle la marque qui peut être constitutif du fonds de commerce, c'est donc un élément à prendre en considération.

La difficulté est alors de distinguer entre la cession d'un élément isolé, comme par exemple la marque, et la cession du fonds de commerce avec la marque incluse.

La cession partielle est une cession d'une branche d'activité qui se voit appliquer les règles du fonds de commerce.

Le fonds de commerce est une universalité de faits et non de droits. C'est un ensemble de biens, un ensemble d'actifs, alors que l'universalité de droits est composé de l'actif et du passif.

Ceci a pour conséquences que les créances ne sont pas transmises de plein droit, il est nécessaire d'avoir recours à la cession de créance de l'**art 1690 c.civ.**

La cession de dettes n'est pas non plus transmise de plein droit. La cession de dettes n'existe pas vraiment, on utilise par exemple la délégation.

Les contrats ne sont transmis avec le fonds de commerce que si l'acquéreur et les tiers cocontractants l'ont prévu. Le problème est alors le cas des contrats intuitu personae : arrêt de 2006 pour une concession automobile.

Exception : le bail commercial, les contrats de travail, les contrats d'assurance.

### C. Le prix de cession.

Le prix doit exister. Il doit être sincère càd qu'il doit être entièrement exprimé dans l'acte (attention à la contre lettre).

### D. L'écrit.

Un écrit est toujours dressé même si aucun ne l'impose. La seule chose qui est imposée concerne les mentions manuscrites. Par ailleurs, seul un écrit peut être enregistré.

**Art L 414-1 c.com** : mentions obligatoires : le régime de propriété, l'état des inscriptions, le chiffre d'affaire et les bénéfices (les 3 derniers résultats doivent être mentionnés). Ces mentions sont des mentions d'ordre public.

Problème quand on omet une mention : cela peut entraîner la nullité de la vente.

Cette nullité est relative et facultative : la nullité n'est pas automatique, ce n'est pas une nullité autonome. On devra établir un vice du consentement qui lui a causé un préjudice.

Cette nullité se prescrit dans l'année qui suit la conclusion du contrat.

La jurisprudence précise que ce n'est pas une prescription mais une forclusion càd un délai pour agir qui s'impose aussi bien à l'action qu'à l'exception : **Cass 31 mars 2004**.

En cas d'inexactitude des mentions obligatoires, l'**art L 141-3 al 1 c.com** : le vendeur est garant de l'inexactitude de ces énonciations envers l'acheteur. C'est une garantie d'ordre public (qui se rapproche de la garantie des vices cachés) : action rédhitoire (on vend le fonds de commerce et on restitue le prix), action estimatoire (diminution du prix).

Cependant, l'acquéreur ne peut pas demander la nullité de la vente sur le fondement de l'art L 141-3.

Il peut le faire que s'il établit un dol ou une erreur, ce qui est assez difficile à obtenir.

Cette nullité se prescrit dans l'année à compter de la prise de possession du fonds de commerce et non de l'acte.

### E. Formalités.

\*\* enregistrement : conditionne la validité de certains actes.

\*\* inscription au RCS. L'acheteur doit s'immatriculer s'il n'est pas commerçant. S'il est déjà commerçant, il doit demander une immatriculation secondaire ou la compléter.

\*\* publicité de la vente dans un journal d'annonces légales, au BODACC.

\*\* déclaration auprès des communes (si le droit de préemption s'applique).

Par ailleurs le fonds de commerce ne comprend pas les immeubles donc il sera nécessaire de procéder à une publicité foncière. Une publicité particulière également pour les droits de propriétés intellectuelles.

## II. Les obligations du vendeur.

Obligation de délivrance : elle est souvent retardée (2 à 4 mois), retardée à l'expiration du délai d'opposition du créancier du cédant sur le prix de cession.

Il doit délivrer tous les éléments du fonds de commerce ou tous les biens précisés dans le contrat.

La délivrance d'une marque est différente de la délivrance d'un véhicule : les modalités de délivrance diffèrent selon la nature du bien.

Défaut de délivrance : ?

Les garanties :

\*\* garantie d'éviction, de là découle l'obligation de non concurrence à la charge du cédant.

En cas de clause de non concurrence, la question est de savoir si on doit prévoir une contrepartie financière.

**Soc 10 juillet 2002** : dans un contrat de travail, il y a une contrepartie financière en cas de clause de non concurrence.

\*\* garantie des vices cachés.

## III. L'obligation de l'acheteur : le paiement du prix.

Dans le fonds de commerce, des tiers sont intéressés.

Dans la cession, il y a mise en cause de l'intérêt des tiers du cédant : il s'agit des créanciers du cédant sachant que le fonds de commerce est une universalité de faits (pas de cession du passif).

Pour organiser ce paiement du prix :

\*\* publication

\*\* ouverture d'un droit d'opposition aux créanciers du vendeur.

### A. La publication de la vente.

La publication de la vente doit être faite à la diligence de l'acquéreur.

En principe, la publication n'a lieu que si l'acte a déjà été enregistré.

Mais souvent dans la pratique la publication est faite pour la cession d'éléments isolés, ce qui peut prêter à confusion car les tiers peuvent croire qu'il s'agit de la cession d'un fonds de commerce.

La publication est double : dans un journal d'annonces légales (JAL), au BODACC sous forme d'un avis dans les 15 jours de l'insertion dans un JAL.

Il y a des mentions à peine de nullité à l'**art L 141-3 c.com** : date de l'acte, ancien propriétaire, nouveau propriétaire... Ce sont des mentions importantes pour les tiers en raison de l'indication du délai d'opposition de 10 jours. Cette mention pose problème car on considère parfois que c'est la dernière publication qui doit comporter ce délai donc au BODACC.

Cependant, certains auteurs pensent qu'il n'y a aucune raison pour que les 2 publications ne contiennent pas ce délai.

Selon la jurisprudence (**CA Paris 2004**), le fait que le délai soit inséré dans une seule publication suffit. Il n'y a cependant pas d'arrêt rendu par la Cass.

Le mieux est donc de publier dans les 2 par sécurité.

Dans le cas où il y a paiement du prix alors que les formalités n'ont pas encore été pratiquées ou en cas de paiement avant l'expiration du délai de 10 jours : ce paiement n'est pas libératoire (qui paie mal, paie deux fois) : **art L 141-17 c.com**.

## B. L'opposition des créanciers du vendeur.

Avertis par la publicité, les créanciers peuvent former opposition au paiement du prix : **art L 141-14**. Cette opposition permet de geler le paiement du prix pour exercer ces droits.

Les créanciers concernés sont les créanciers du vendeur. Ce droit peut leur être fermé s'ils ont donné leur accord au paiement du prix par l'acheteur entre les mains du vendeur.

Les créanciers d'un précédent vendeur ne peuvent pas faire opposition.

Tous les créanciers du vendeur peuvent faire opposition sans distinction, sauf les créanciers qui auraient une créance incertaine.

Peu importe qu'ils soient créanciers chirographaires ou privilégiés, mais ce sont les créanciers chirographaires qui y ont le plus intérêt.

Forme de l'opposition : par acte extra judiciaire càd un exploit d'huissier signifié au domicile élu par l'acquéreur dans les publications.

A peine de nullité, les créanciers doivent indiquer le montant et la cause (origine) de la créance. Il s'agit d'une nullité automatique, même s'il n'y a pas de préjudice.

A compter de la dernière des publications, le délai de 10 jours court. Ce délai ne court que si la publication est régulière.

Les effets de l'opposition : 2 effets essentiels :

\*\* renforce l'indisponibilité du prix

\*\* ouvre droit aux créanciers à la surenchère.

\*\* **Art L 141-14** : indisponibilité du prix.

Le prix est indisponible par l'effet même de la loi et non par le fait de l'opposition, mais l'opposition prolonge l'indisponibilité au-delà de 10 jours donc il la renforce.

L'opposition est une mesure conservatoire mais elle ne fait pas obstacle aux droits des créanciers (ex : saisie attribution du prix de vente).

\*\* droit de surenchère au 6<sup>ème</sup> :

Le créancier peut offrir de payer le prix de vente augmenté du 6<sup>ème</sup>. Cette faculté de surenchère est utilisée lorsqu'on a la conviction que le bien se vendra plus chère.

Il s'agit de l'hypothèse où le créancier pense que le prix n'est pas sincère.

Le vendeur peut toujours demander la mainlevée de l'opposition notamment si l'opposition était régulière. Cependant, l'opposition prendra surtout fin par le désintéressement du créancier en tenant compte des privilèges de chacun.

Si les créances des créanciers ayant fait opposition sont inférieures au montant du prix convenu entre les parties, le vendeur peut demander le cantonnement des oppositions. Cela consiste à permettre, sur décision du juge, au vendeur de percevoir la différence entre les créances des créanciers opposants et le prix de vente.

Le paiement du prix au vendeur s'effectue selon les modalités ordinaires (non en liquide).

Il y avait une pratique des billets de fond càd des billets à ordre qui représentaient la partie du prix payable à terme. Ils présentaient l'avantage d'avoir des droits de nature cambiaire et une garantie de paiement.

## Partie 2 : Les garanties.

### **I. Le privilège du vendeur.**

Le privilège du vendeur est une création de la loi de 1909, mais il existait avant la pratique du nantissement sur le fonds acquis.

La loi prévoit non pas un nantissement mais un privilège au profit du vendeur.

Ce privilège est mis en œuvre quand le paiement est à terme, mais en réalité ce n'est jamais le vendeur du fonds de commerce qui en profite car il est très imprudent de faire crédit à son acheteur en octroyant un paiement à terme.

S'il n'y a pas de crédit offert par le vendeur, c'est la banque qui va profiter du privilège. Le prix sera payé au moyen d'un emprunt et le banquier se fera subrogé dans le privilège du vendeur.

#### **A. Les conditions du privilège du vendeur.**

Il y a une distinction entre la vente du fonds de commerce et la vente d'un élément isolé.

\*\* il faut une vente du fonds de commerce

\*\* le vendeur doit remplir 3 conditions :

➤ Un acte écrit et enregistré : il s'agit d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé. L'acte doit être enregistré avant l'inscription du privilège donc dans les 15 jours de la vente.

➤ L'inscription a greffe du tribunal de commerce dans le ressort de l'exploitation du fonds de commerce (dans les 15 jours). Si le privilège est inscrit hors délai, le privilège est nul selon la doctrine majoritaire (art L 141-6) alors que s'il avait été inscrit dans les temps, l'inscription aurait rétroagit à la date de l'acte.

➤ La ventilation du prix. Le privilège ne porte pas sur l'ensemble du fonds de commerce mais sur les éléments mentionnés dans l'acte de vente et dans l'acte d'inscription.

A défaut de mention, on prendra en compte l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, l'achalandage.

Le prix de cession fait l'objet d'une ventilation sur les éléments incorporels, le matériel et les marchandises. Il n'y a pas de jurisprudence sur la ventilation du prix.

Les derniers arrêts datent de 1912 et 1923 par la CA de Paris. Il n'y a pas de contentieux donc on ne sait pas qu'elle est la sanction de l'absence de ventilation du prix.

En 1923, la Cour avait prononcé la nullité du privilège.

Mais il semble plutôt que la sanction serait la limitation de la ventilation aux seuls éléments qui ont le plus de valeur (décision de 1912).

#### **B. Les effets du privilège.**

Sont garantis par le privilège le principal (ce qui reste dû du prix stipulé) et les intérêts pour les 2 années qui suivent l'inscription. Pour les années postérieures, une garantie est possible mais il faut prendre une nouvelle inscription. (Mais souvent la durée du crédit est assez réduite).

Le privilège est une garantie réelle. Il emporte droit de suite et droit de préférence.

Il offre au vendeur une action résolutoire qui existe sous d'autres formes sous le droit commun de la vente. Il faut une défaillance de l'acheteur et que soient remplies les conditions de l'**art L 141-6** :

\*\* mention expresse de l'action résolutoire dans l'inscription du privilège.

\*\* le privilège ne doit pas être éteint.

Le vendeur doit reprendre tous les éléments du fonds de commerce même ceux qui ont été payés dans l'état où ils se trouvent au moment de la résolution. Ce n'est donc pas une solution opportune si l'activité est mal gérée. De plus ce n'est pas intéressant pour les tiers car la résolution rétroagit donc cela éteint les privilèges.

## **II. Le nantissement du fonds de commerce.**

Le nantissement est une convention par laquelle l'exploitant affecte son fonds de commerce en garantie du paiement d'une de ses dettes. Il s'agit d'une sûreté réelle.

Le fonds de commerce est souvent donné en nantissement. Cela permet à l'exploitant d'avoir du crédit. Cela peut être utile au vendeur pour compléter sa garantie.

Cependant, le nantissement ne constitue pas une garantie sûre, c'est une sûreté relativement précaire car la valeur du fonds de commerce est une assiette peu stable.

Si les affaires vont mal, la valeur du fonds de commerce sera faible alors que ce serait un moment intéressant, un moment où on en a besoin.

### **A. Conditions de fond.**

#### **Conditions relatives au débiteur :**

Le nantissement est un acte de disposition car il peut entraîner la cession forcée du fonds de commerce. Seul le propriétaire peut donner le fonds en nantissement.

Le locataire gérant ne peut donner le fonds de commerce en nantissement sous réserve de la théorie de l'apparence.

Il faut faire attention au pouvoir. On conseille de passer au régime de la séparation de biens plutôt que la communauté de biens car sinon cela nécessite le consentement du conjoint (**art 1424 c.civ**) sous peine de nullité (**art 1427**) : distinction biens propres, biens communs.

#### **Conditions relatives à la créance :**

La créance peut être future ou conditionnelle. Un arrêt a admis qu'elle ne soit qu'éventuelle.

Le nantissement ne peut porter que sur des éléments mentionnés à l'**art L 142-2 al 1 c.com** : enseigne, nom commercial, droit au bail, mobilier commercial, brevets, licences et marques, clientèle, achalandage, droit à la concession immobilière ou droit à la concession.

Le nantissement ne porte pas sur les marchandises car c'est un élément trop instable pour servir d'assiette, c'est en tout cas ce qu'on pensait, d'autant qu'on peut désormais établir un gage sur des choses fongibles, ou le gage sur stock.

Le nantissement ne porte pas non plus sur les immeubles car il n'est pas compris dans le fonds de commerce.

Les éléments pris en compte dans l'assiette doivent faire l'objet d'une mention dans le contrat, sinon on ne prend en compte que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

### **B. Conditions de forme.**

\*\* acte authentique ou acte sous seing privé

\*\* l'acte notarié doit également être enregistré

\*\* le nantissement doit être inscrit au greffe du tribunal de commerce pour être opposable aux tiers.

L'inscription est exigée aussi à peine de nullité avec un délai de 15 jours.

### **C. Les effets.**

L'inscription conserve le privilège pendant 10 ans et peut être renouvelé.

Les créanciers inscrits disposent d'un droit de préférence (rang déterminé en fonction de la date de leurs inscriptions) et d'un droit de suite, ainsi que de droits particuliers comme le déplacement du fonds de commerce (ex : dans un autre département), dans ce cas il peut faire opposition et demander le paiement immédiat.

Il existe aussi un droit en cas de résiliation du bail commercial.